

Tilburg University

Private normen, risicoregulering en aansprakelijkheid

Verbruggen, Paul

Published in:
Reguleren en procederen

Publication date:
2020

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Verbruggen, P. (2020). Private normen, risicoregulering en aansprakelijkheid. In A. Böcker, & P. Minderhoud (Eds.), *Reguleren en procederen: Bijdragen aan het seminar ter gelegenheid van de pensionering van Tetty Havinga* (pp. 15-34). Wolf Legal Publishers (WLP).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Reguleren en procederen

Bijdragen aan het seminar ter gelegenheid van
de pensionering van Tetty Havinga

Anita Böcker en Paul Minderhoud (red.)



Reguleren en procederen.

Bijdragen aan het seminar ter gelegenheid van de pensionering van Tetty Havinga.

Anita Böcker en Paul Minderhoud (red.)

ISBN: 978-94-6240-549-3

Layout: Hannie van de Put en Jeske Jansen

Published by

Wolf Legal Publishers (WLP)

Talent Square 13

5038 LX Tilburg

info@wolfpublishers.nl

www.wolfpublishers.com

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Radboud Universiteit Nijmegen 2020

Het auteursrecht van de afzonderlijke bijdragen berust bij de auteur(s).

Private normen, risicoregulering en aansprakelijkheid

Paul Verbruggen*

1. Ten geleide

Tetty Havinga is een internationaal gerenommeerde onderzoeker op het brede terrein van voedselregulering. Haar empirische studies naar de opkomst, legitimiteit en werking van private normen betreffende dat terrein zijn vermaard in binnen- en buitenland.¹ Tijdens het schrijven van mijn proefschrift raakte ik bekend met haar werk. Toen ik nadien in Nijmegen landde, kon het niet anders dan dat ik de samenwerking met Tetty opzocht. Die samenwerking is vruchtbaar gebleken. Met de toekenning van een KNAW-congresbeurs als startschot in 2013, volgden er negen gezamenlijke bijdragen, twee geredigeerde bundels en een themanummer, dat alles verspreid over een periode van zo'n vijf jaar.² Ik heb in die tijd enorm veel van Tetty geleerd en bovenal genoten van haar kritische geest en toewijding voor het vak.

Het werk van Tetty brengt grondig in kaart welke fundamentele invloed private normen vandaag de dag hebben in de regulering van risico's verbonden met de internationale productie, distributie en verkoop van voedsel. Deze normen, die in de internationale literatuur doorgaans 'private food safety standards' worden genoemd, zijn opgekomen in de jaren '90. Ze zijn onder meer een reactie van de industrie op de globalisering van handelsketens in voedsel, de groeiende dominantie van grote supermarktketens, een reeks van grote uitbraken van voedselinfecties en –vergiftigingen (inclusief BSE), en wijzigingen in wetgeving betreffende voedselveiligheid.³ Wat betreft die wetswijzigingen, zijn er in de Europese Unie belangrijke nieuwe regels opgesteld die het risico voor bedrijven op bestuursrechtelijke aansprakelijkheid (d.w.z. boetes, recalls en bedrijfssluiting) en civielrechtelijke aansprakelijkheid (d.w.z. de verplichting

* Deze bijdrage maakt deel uit van het NWO Veni-project 'De constitutionalisering van private regulering' en verschijnt in gewijzigde vorm in het themanummer 'Risicoregulering via het aansprakelijkheidsrecht' van *RMThemis* 2020, (1) onder de titel 'Civiele aansprakelijkheid voor private normstelling'.

1 Ik vermeld hier in het bijzonder T. Havinga, 'Private Regulation of Food Safety by Supermarkets,' *Law & Policy* 2006 (4), p. 515-533; D. Fuchs, A. Kalfagianni & T. Havinga, 'Actors in Private Food Governance: The Legitimacy of Retail Standards and Multistakeholder Initiatives with Civil Society Participation', *Agriculture and Human Values* 2010 (3), p. 353-367; en T. Havinga & F. van Waarden, *Veilig voedsel: Toezicht toevertrouwen?*, Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Webpublicatie nr. 70, <https://www.wrr.nl/publicaties/publicaties/2013/03/14/veilig-voedsel-toezicht-toevertrouwen-sectorschets-toezicht-in-de-voedselsector---70> (laatst geraadpleegd 1 juli 2019).

2 Voor onze bijdrage 'Metatoezicht op voedselveiligheid' in het *Tijdschrift voor Toezicht* (2013 (1), p. 6-32) ontvingen we zelfs de publicatieprijs van Vide, de beroepsvereniging voor professionals in het veld van toezicht, inspectie, handhaving en evaluatie.

3 P. Verbruggen & T. Havinga, 'Hybridization of food governance: an analytical framework', in: P. Verbruggen & T. Havinga (red.), *Hybridization of Food Governance: Trends, Types and Results*, Cheltenham: Edward Elgar 2017, p. 1-27, p. 1.

tot vergoeding van schade ontstaan door een gebrekkig product op grond van product-aansprakelijkheid) aanzienlijk hebben vergroot.⁴ Betwijfeld kan worden of deze veranderingen daadwerkelijk hebben geleid tot het aannemen van meer aansprakelijkheid.⁵ Niettemin is de perceptie van de industrie in ieder geval geweest dat meer controle op de voorschakels in handelsketens noodzakelijk was teneinde het risico op aansprakelijkheden te beheersen.⁶ Private normen voor voedselveiligheid zouden aan het bereiken van dat doel bijdragen.

In mijn bijdrage aan deze feestbundel wil ik doorpakken op de rol van private normen in de regulering van risico's en hun relatie met aansprakelijkheidsrecht. Ik wil deze gelegenheid gebruiken om een bespiegeling te geven op welk aansprakelijkheidsrisico private normstellers zelf lopen indien de normen die zij ontwikkelen ondermaats blijken en leiden tot schade. Deze vraag ziet niet alleen op private normen voor voedselveiligheid, maar treft elke industrie of sector waarin bedrijven verantwoordelijkheid nemen door zelf productveiligheidsnormen te ontwikkelen. Het is ook een strikt privaatrechtelijke vraag, die voor haar beantwoording een juridische discussie van centrale concepten in het aansprakelijkheidsrecht vergt. Ik leid mijn verhaal daarom eerst in met een casus, om het dogmatische probleem van civielrechtelijke aansprakelijkheid voor private normstelling helder te duiden.

2. Casus en probleemstelling

Dat er op 27 mei 2017 geen doden of zwaargewonden vielen, mag een wonder heten. Op die dag stortte de in aanbouw zijnde parkeergarage bij Eindhoven Airport in. De bouwers waren net naar huis en op het moment van instorten waren er geen passanten. Uit het onderzoek dat de Onderzoeksraad voor Veiligheid eind 2018 publiceerde, bleek dat de oorzaak van de instorting gelegen was in de beperkte sterkte van de betonverbindingen van het specifieke type breedplaatvloer – de 'bollenplaatvloer' – die werd gebruikt voor de bouw van de parkeergarage.⁷ De norm NEN-EN-1992-1-1 + C2:2011 bepaalde hoe de sterkte van de betonverbindingen berekend moest worden. Deze private norm is ontwikkeld door het Europees Comité voor Normalisatie (CEN) en uitgegeven door het Nederlands Normalisatie-instituut (hierna: NEN). De norm beoogt de constructieve veiligheid van betonconstructies te waarborgen.⁸ Ten tijde van

4 Zie uitgebreid P. Verbruggen, 'Private food safety standards, private law, and the EU: Exploring the linkages in constitutionalization', in: M. Cantero Gamito & H.W. Micklitz (red.), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering – Standards, Contracts and Codes*, Cheltenham: Edward Elgar 2019, te verschijnen.

5 Wat betreft de invloed van productaansprakelijkheid gaat Tetty voorop: T. Havinga, 'Draagt aansprakelijkheidsrecht bij aan de voedselveiligheid? Over de preventieve werking van schadeclaims en aansprakelijkheidsverzekering', *Recht der Werkelijkheid* 2010 (31) 1, p. 6-27.

6 L. Fulponi, 'Private voluntary standards in the food system: The perspective of major food retailers in OECD countries', *Food Policy* 2006 (31), p. 1-13, p. 9.

7 Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Bouwen aan constructieve veiligheid. Lessen uit instorting parkeergebouw Eindhoven Airport*, Den Haag: Onderzoeksraad voor Veiligheid 2018, p. 30-32, <https://www.onderzoeksraad.nl/nl/page/4758/bouwen-aan-constructieve-veiligheid---lessen-uit-instorting> (laatst geraadpleegd 1 juli 2019) en Bijlage C (Technisch Onderzoek).

8 NEN EN-1992-1-1 + C2:2011, Eurocode 2: Ontwerp en berekening van betonconstructies - Deel 1-1: Algemene regels en regels voor gebouwen, <https://www.nen.nl/NEN-Shop/Norm/NENEN-1992-1-1+C2:2011>.

de instorting was de norm bij wet verplicht gesteld voor de bouw van betonconstructies.⁹

Het ontwerp van de constructie voldeed niet aan de rekenregels van NEN-EN-1992-1-1. De norm bood echter ook de mogelijkheid aan ontwerpers om via alternatieve wijzen de benodigde sterkte van de betonverbindingen te waarborgen. Hoe precies en welke extra controles daarvoor nodig waren, schreef de norm echter niet voor. Hoofdaannemer BAM stelt dat in de praktijk zowel constructeurs als toezichthouders het belang van deze alternatieve hechtheid van breedplaatvloeren onvoldoende onderkennen. Een duidelijkere normstelling en nadere toelichting door NEN zou volgens BAM de toepassing van de norm bevorderen.¹⁰ Ook TNO en de Onderzoeksraad wijzen er in hun rapportages op dat de norm op dit vlak zwijgt en ter discussie staat.¹¹ Gelet op het belang van de norm in de bouwsector is die onvolledigheid opmerkelijk te noemen.

Het instorten van de parkeergarage, het belang van de private norm NEN-EN-1992-1-1 voor constructieve veiligheid, en de onduidelijkheid waarvoor deze norm in de praktijk zorgt, doen de vraag rijzen wat de verantwoordelijkheden van CEN, NEN en andere private normstellers zijn in het ontwikkelen van technische normen voor veiligheid. Betrof dit geval een onduidelijke of onvolledige norm, in andere gevallen leidde een ronduit foute norm tot grote schade.¹²

Waar begint en eindigt de civielrechtelijke zorgplicht van private, niet-statelijke actoren bij het ontwikkelen en formuleren van normen? Deze vraag is relevant en actueel in het licht van de centrale rol die deze actoren innemen wat betreft het definiëren van veiligheids- en andere kwaliteitsnormen voor producten en diensten. Internationale markten voor bijvoorbeeld bouwmaterialen, elektronica, speelgoed en voedsel worden in grote mate beheerst door technische normen ontwikkeld door commerciële consortia, brancheorganisaties en andere private clubs. Ook voor professionele dienstverlening in accountancy, medische zorg, persoonsgegevensbeveiliging en transport geldt dat (internationale) private kwaliteitsnormen leidend zijn voor de manier waarop deze

199211C22011-nl.htm (laatst geraadpleegd 1 juli 2019). De norm is inmiddels vervangen door NEN-EN-1992-1-1+C2:2011/NB:2016.

9 Artikel 1.5 Bouwbesluit 2012 jo. artikel 1.2 en Bijlage II Regeling Bouwbesluit 2012.

10 BAM, *Onderzoekresultaten bekend van technische oorzaak gedeeltelijke instorting parkeergarage Eindhoven Airport*, Bunnik: BAM 2017, <https://www.bam.com/nl/pers/persberichten/2017/9/onderzoekresultaten-bekend-van-technische-oorzaak-gedeeltelijke> (laatst geraadpleegd 1 juli 2019).

11 TNO, *Onderzoek naar de technische oorzaak van de gedeeltelijke instorting van de in aanbouw zijnde parkeergarage P1 Eindhoven Airport*, Delft: TNO 2017, <https://www.bam.com/nl/flexpaper/704156> (laatst geraadpleegd 1 juli 2019), p. 54-55, 61 en 68; Onderzoeksraad voor Veiligheid 2018 (n 1), p. 38-39.

12 Dit is de achtergrond van een recente zaak die voor de Supreme Court van het Verenigd Koninkrijk speelde: *MT Højgaard A/S v E.ON Climate & Renewables UK Robin Rigg East Limited and another* [2017] UKSC 59. In dat geval ging het om een private norm die een verkeerde draagkrachtberekening voorschreef voor betonverbindingen gebruikt in de bouw van offshore windmolenparken. Als gevolg van die fout moesten herstelwerkzaamheden plaatsvinden ten bedrage van €26.250.000,-. De aansprakelijkheid van de betrokken private normsteller was echter niet in geschil: de rechtsvraag in de zaak voor de Supreme Court was of een bouwverzorger aansprakelijk kan zijn voor de herstelkosten vanwege het opleveren van een non-conform windpark, ondanks dat hij wel degelijk voldeed aan de specifieke instructies in het contract, te weten de private norm, maar die norm achteraf foutief bleek te zijn.

diensten aangeboden worden.¹³ Private standaarden zijn dus werkelijk overal. Volgens sommigen leven wij daarom in een ‘World of Standards’.¹⁴

In deze bijdrage onderzoek ik de mogelijke civielrechtelijke aansprakelijkheid voor private normstelling die schade tot gevolg heeft onder gebruikers van producten ontwikkeld op basis van inadequate private normen. Deze normen worden in de internationale literatuur doorgaans ‘technical standards’ genoemd. Ik spits de analyse concreet toe op de vraag welke zorgplicht een private normsteller jegens derden heeft bij de ontwikkeling van zijn normen. Ik richt mij hier op de buitencontractuele aansprakelijkheid voor de ontwikkeling van normen voor productveiligheid.¹⁵

De vraag naar de civiele aansprakelijkheid voor private normstelling inzake productveiligheid is, voor zover ik heb kunnen nagaan, niet aan de orde gesteld in Nederlandse rechtspraak en literatuur.¹⁶ Zij raakt wel aan discussies over aansprakelijkheid wegens gebrekkige producten, verstrekking van onjuiste informatie, falend toezicht en onrechtmatige wetgeving. Waar relevant put ik uit deze debatten, alsmede uit de buitenlandse, overwegend Amerikaanse rechtspraak en literatuur op het thema.¹⁷ Het doel daarbij is steeds te onderzoeken welke zorgplicht een private normsteller heeft jegens derden in het ontwikkelen van zijn normen. Ter illustratie van de invulling van deze plicht grijp ik terug op de rekenregels voor betonverbindingen volgend uit NEN-EN-1992-1-1.

13 Zie bijv. J. Braithwaite & P. Drahos, *Global business regulation*, Cambridge: Cambridge University Press 2000; H. Schepel, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford: Hart Publishing 2005; T. Bütte & Mattli, *The New Global Rulers. The Privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton: Princeton University Press 2011.

14 N. Brunsson & B. Jacobsson, *A World of Standards*, Oxford: Oxford University Press 2001.

15 Er zijn situaties waarin de benadeelde een contractuele relatie heeft met de normsteller. Zo kan hij de normsteller een opdracht geven een norm te ontwikkelen of kan hij een normdocument kopen van de normsteller. Een vordering ter vergoeding van schade als gevolg van inadequate private normstelling moet dan in beginsel worden gebaseerd op de toerekenbare tekortkoming (art. 6:74 BW) en aanvullende regels inzake opdracht en non-conformiteit. Een contractuele relatie zal echter doorgaans ontbreken (zie ook paragraaf 4 hierna). Een groot verschil in de beoordeling van aansprakelijkheid is er overigens niet. Zowel binnen als buiten contract draait het voor het bestaan van een schadevergoedingsverplichting om de vraag of de private normsteller onzorgvuldig heeft gehandeld en aldus de op hem rustende zorgplicht jegens de benadeelde heeft geschonden. Zie over deze tendens: T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid’, *RMTthemis* 2019, afl. 1, p. 26-32.

16 Wel aan de orde kwamen vragen betreffende civielrechtelijke aansprakelijkheid van derden wegens schending van intellectueel eigendomsrechten rustende op private normen (bijv. HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, Knooble BV/Staat) en mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid vanwege de ontwikkeling van private normen (bijv. HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp, ECLI:EU:C:2015:477, m.nt. M. van Roey, *SEW* 2016/3). Hoewel een schending van het mededingingsrecht kan leiden tot een vordering uit onrechtmatige daad, laat deze bijdrage deze opvolgende vorm van civiele aansprakelijkheid onbesproken.

17 Ik bouw hier voort op mijn eerdere analyse in P. Verbruggen, ‘Liability for Standards Development in the United States and European Union’, in: J. Contreras (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law: Volume II: Further Interactions of Public and Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 60-88.

3. Private normstelling als instrument voor risicoregulering

De ontwikkeling van private normen, ook wel ‘normalisatie’ of ‘technische standaardisatie’ genoemd, kent vele voordelen voor bedrijven, consumenten en de samenleving in het algemeen. De normen maken het mogelijk dat producten en diensten op elkaar aansluiten en uitwisselbaar zijn, ze bevorderen productontwikkeling en -innovatie, en vergroten zo de productkeuze voor bedrijven en consumenten.¹⁸ Zo maakte normalisatie al in de 19^{de} eeuw telegraaf- en telefoonverbindingen mede mogelijk en vandaag de dag staat zij nog steeds aan de basis van moderne ICT-producten.¹⁹ Productnormen kunnen zien op de fysieke kenmerken van producten (gewicht, maatvoering, materiaal, vormgeving, samenstelling) en op hun prestaties (belasting, interoperabiliteit, levensduur, vermogen, veiligheid). Van recentere datum zijn normen die (tevens) aspecten van duurzaamheid, gezondheid en veiligheid van productie voor mens, dier en milieu betreffen en regels stellen voor het beheersen van de daarin bestaande.²⁰

Private normen worden als vrijwillig gepresenteerd.²¹ Zich binden aan de norm voor product of productie is een vrije keuze van bedrijven en ondernemers.²² Die vrijheid wordt echter op tal van wijzen beperkt. Zo kan de markt verlangen dat bedrijven en ondernemers zich conformeren aan de norm willen zij effectief kunnen concurreren. Groothandelaren, retailers en andere afnemers kunnen via commerciële contracten producenten en leveranciers dwingen tot het leveren van producten die voldoen aan specifieke normen.²³ Ook kan de overheid via wet- en regelgeving naleving van private normen bemoedigen of verlangen, waardoor de normen *de facto* of *de jure* verplicht worden. Het incorporeren van private normen door de wetgever, zoals ook het geval is voor NEN-normen inzake de bouw van betonconstructies, is wijdverbreid.²⁴ Deze praktijk leidt tot een samenloop van publieke en private regulering van risico's voor gezondheid, milieu en veiligheid en aanpalende vragen over de verantwoordelijkheden van de betrokken actoren.²⁵

18 J. Contreras, 'Introduction', in: J. Contreras (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law: Volume I: Competition, Antitrust and Patents*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 2.

19 De ICT-sector in het bijzonder wordt beheerst door private normen. Voor bekende normen als Bluetooth, GSM en WiFi geldt dat zij de technologie zijn en de basis vormen voor productinnovatie.

20 Zie over de gevolgen van die trend voor aansprakelijkheidskwesties D.A. Kysar, 'Preferences for Processes', *Harvard Law Review* 2004 (118), p. 525.

21 NEN zegt het zo: "Een norm is een vrijwillige afspraak tussen partijen over een product, dienst of proces. Normen zijn geen wetten, maar 'best practices'. Iedereen kan - op vrijwillige basis - hier zijn voordeel mee doen." NEN, *Wat is normalisatie*, Delft: NEN, <https://www.nen.nl/Normontwikkeling/Wat-is-normalisatie.htm> (laatst geraadpleegd 1 juli 2019).

22 F. Cafaggi, 'New Foundations of Transnational Private Regulation', *Journal of Law and Society* 2011 (38) 20, p. 22.

23 Zie voor een bespreking van bestaande praktijken P. Verbruggen, 'Private Regulatory Standards in Commercial Contracts: Questions of Compliance', in: R. Brownsword, R. van Gestel & H.-W. Micklitz (eds), *Contract and Regulation A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2017, p. 284-322.

24 Zie voor de Amerikaanse praktijk E.S. Bremer, 'Incorporation by Reference in an Open-Government Age', *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2013 (36), p. 131-210.

25 Zie voor fundamentele inzichten G. Teubner, 'After Privatization? The Many Autonomies of Private Law', *Current Legal Problems* 1998 (51), p. 393 en J. Freeman, 'The Private Role in Public Governance', *New York University Law Review* 2000 (75), p. 543.

Productregulering in de Europese Unie (EU) leunt ook sterk op private normen. Het in de jaren '80 ontwikkelde wetgevingsprogramma de 'Nieuwe Aanpak' vormt de kern van deze regulering.²⁶ Het programma houdt in dat algemene 'fundamentele voorschriften' waaraan bepaalde producten moeten voldoen om vrijelijk te mogen worden verhandeld binnen de interne Europese markt, bepaald worden in richtlijnen, verordeningen en andere EU-wetgevingsinstrumenten. De technische specificaties voor de desbetreffende producten worden vervolgens neergelegd in een geharmoniseerde norm opgesteld door een erkende Europese normalisatieorganisatie.²⁷ Nadat de Europese Commissie de verwijzing naar deze geharmoniseerde norm heeft gepubliceerd in het *Publicatieblad van de EU*, wordt verondersteld dat producten die voldoen aan die norm, voldoen aan de fundamentele voorschriften van de richtlijn of verordening. Lidstaten mogen dan geen verdere voorwaarden stellen aan handel in deze producten op hun grondgebied, een en ander in overeenstemming met het vrije verkeer van goederen.

Het gevolg van deze wijze van (co-)regulering is dat naleving van de specifieke geharmoniseerde normen voor bedrijven de belangrijkste manier is geworden om te laten zien dat hun producten voldoen aan de algemeen geldende Europese risicoregulering. Hoewel in theorie andere mogelijkheden bestaan, kiezen bedrijven er in de praktijk doorgaans voor de conformiteit te laten zien door naleving van de geharmoniseerde norm.²⁸ Dat naleving van deze – in de kern – private normen ook rechtsgevolgen heeft in de vorm van een vermoeden van conformiteit met fundamentele publiekrechtelijke voorschriften, werd recentelijk erkend door het Hof van Justitie van de EU. Deze overweging vormde een van de kernargumenten voor het Hof om zijn bevoegdheid om het Unierecht uit te leggen, uit te breiden naar deze normen.²⁹

Ook op terreinen die buiten het werkingsbereik van de Nieuwe Aanpak liggen, spelen private normen een centrale rol in de risicoregulering van producten en productieprocessen, al dan niet in samenhang met publiekrechtelijke regulering. Voedselveiligheid is hier een sprekend voorbeeld. Als gezegd hebben private normen hier een zeer bepalende invloed op de verdeling van risico's en verantwoordelijkheden in internationale handelsketens voor voedsel en voedingsmiddelen.³⁰ Steeds meer overheden betrekken private voedselveiligheidsnormen – en de daaraan gekoppelde certificatieschema's – in hun regelingsbeleid met als voornaamste doel hun toezichts- en handhavingsactiviteiten efficiënter in te richten.³¹

26 Zie uitgebreid Schepel 2005 (n 13).

27 Erkend zijn de privaatrechtelijke organisaties CEN (Europees Comité voor Normalisatie), CENELEC (Europees Comité voor Elektrotechnische Normalisatie) en ETSI (Europees Instituut voor Telecommunicatienormen). Zie artikel 2 lid 2 juncto Annex I of Verordening (EU) 1025/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende Europese normalisatie (PbEU 2012, L 316/12).

28 B.J. Van Leeuwen, *European Standardisation of Services and its Impact on Private Law*, London: Hart Publishing 2017, p. 42 en H. Schepel, 'The new approach to the New Approach: the juridification of harmonised standards in EU law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2013 (20), p. 521, 528.

29 HvJEU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (James Elliott Construction Ltd/Irish Asphalt Ltd), r.o. 41-42.

30 Zie de literatuur vermeld onder voetnoten 1 t/m 6 (alle met verdere verwijzingen).

31 T. Havinga, *The integration of private certification in governmental food controls. A Survey on Public-Private Collaboration in Food Safety Governance*, (2018), Nijmegen Sociology of Law Working Papers Series 2018/02.

4. Civiele aansprakelijkheid voor private normstelling: enkele voorvragen

4.1. Motieven

Waarom zouden gebruikers van een product dat ontwikkeld is op basis van onduidelijke, incomplete of foutieve normen zich richten tot de betrokken private normsteller ter vergoeding van de schade die zij geleden hebben? Het enkel ontwikkelen, stellen en afkondigen van een private norm die betrekking heeft op de veiligheid van een product, veroorzaakt nog geen schade. Producenten, verkopers of andere aanbieders moeten de norm eerst toepassen in het fabriceren, verkopen of anderszins in het handelsverkeer brengen van hun product, waardoor het product de specifieke kenmerken verkrijgt waarop de norm ziet. Als het veiligheidsgebrek in de norm leidt tot een gebrekkig product, staat primair de weg open voor productaansprakelijkheid van de fabrikant. Als alternatief kan de aansprakelijkheid van de verkoper op basis van regels inzake conformiteit gelden. Deze grondslagen bieden de benadeelden geijkte mogelijkheden hun schade van de direct betrokken, primaire dader vergoed te krijgen.

Toch kunnen er voor benadeelden goede redenen zijn om de pijlen (tevens) op de private normsteller te richten, die naast de fabrikant of verkoper als 'secundaire dader' of 'zijdelingse laedens' te bestempelen is.³² Deze motieven zijn voornamelijk van praktische aard. Een eerste motief betreft solvabiliteit, in die gevallen waar het vermogen of de verzekering van de normsteller het beter mogelijk maakt om na toewijzing van de schadevordering de vergoeding daadwerkelijk te innen. Een tweede beweegreden kan erin gelegen zijn dat de primaire dader onbekend of onvindbaar is. Vooral bij merkloze producten die door veel verschillende partijen worden aangeboden, kan dit motief een rol spelen.³³ Een derde punt betreft de korte(re) verjarings- en vervalttermijnen die krachtens art. 6:191 BW gelden voor schadevergoedingsvorderingen wegens productaansprakelijkheid.

Andere, meer inhoudelijk gedreven motieven zijn gelegen in de beperkte mogelijkheden om de aansprakelijkheid van de fabrikant of verkoper te vestigen. Een vordering van een consument tegen een fabrikant heeft geen kans van slagen indien het gebrek van het product gelegen is in een bij wet verplicht gestelde private norm.³⁴ De fabrikant die een normconform product op de markt brengt, gaat in dat geval vrijuit en dus komt de betrokken private normsteller in beeld. Ook kunnen in commerciële relaties exoneratiebedingen de aansprakelijkheid van fabrikanten of verkopers jegens andere professionals op verregaande wijze beperken, waardoor een vordering jegens de normsteller

32 Cfm. W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, afl. 34, p. 1676. Zie recenter: K.L. Maes, 'De reikwijdte van de primaire en secundaire private zorgplicht: gelijke monniken, gelijke kappen?', *AV&S* 2016/2, afl. 1, p. 4-17. De private normsteller kan onder omstandigheden ook als primaire dader worden gezien, met name daar waar hij een grote controle uitoefent op de naleving van zijn normen in het veld en de normen eng geformuleerd zijn en een verplichtende aard hebben. In deze gevallen heeft de producent of verkoper weinig tot geen mogelijkheid zelfstandig te oordelen over de vraag of en hoe hij normen zal toepassen. Zie over deze omstandigheden ook par. 5.1 en 5.2.

33 Beide overwegingen sluiten aan bij de beweegredenen toezichthouders aansprakelijk te stellen. Zie I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 40.

34 Cfm. de zogenaamde *regulatory compliance defense* neergelegd in artikel 6:185 lid 2 onder d BW.

interessanter wordt.³⁵ Een laatste drijfveer voor aansprakelijkheidsstelling kan gelegen zijn in de wens van fabrikanten of verkopers om bij de desbetreffende private normsteller regres te zoeken nadat zij de schade hebben gecompenseerd die gebruikers hebben geleden na gebruik van normconforme, maar daardoor juist schadeveroorzakende producten.

4.2. *Aansprakelijkheid wegens nalaten*

Omvat de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor private normstelling zowel aansprakelijkheid voor het stellen, als voor het niet-stellen van normen? Deze tweede vraag moet worden gezien tegen de achtergrond van het conceptuele onderscheid tussen buitencontractuele aansprakelijkheid wegens een doen of nalaten. Veel schadeveroorzakende gebeurtenissen kunnen zowel in termen van een doen als een nalaten worden beschreven: het stellen van incorrecte normen is evenzeer te omschrijven als het nalaten om correcte normen te stellen. In dergelijke gevallen valt een andere benadering voor de vestiging van aansprakelijkheid dan ook niet te billijken. Een meer terughoudende benadering wordt echter wel gerechtvaardigd geacht in situaties van ‘zuiver nalaten’.³⁶ Deze te onderscheiden categorie van nalaten ziet op de situatie dat de aangesprokene geen actieve bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van het gevaar of risico dat tot schade heeft geleid: zij heeft slechts het intreden van dat gevaar of risico niet tegengehouden of heeft er niet voor gewaarschuwd.³⁷ Betrokken op het geval van private normstelling voor productveiligheid zou het verwijt dan zijn dat de normsteller geen productnorm heeft gesteld, indien het redelijkerwijs voorzienbaar is dat het betrokken product geproduceerd en verkocht door derden onveilig voor gebruikers is.

Anders dan bij toezichthouders, zal de aansprakelijkheid bij zuiver nalaten voor private normstellers jegens derden slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kunnen bestaan. Buitencontractuele aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten veronderstelt namelijk een anterieure verplichting tot handelen.³⁸ Een dergelijke verplichting kan voortvloeien uit een wettelijke plicht tot handelen of uit het ongeschreven recht. Algemene zorgplichten voor het welzijn van het publiek worden bij wet eerst en vooral opgelegd aan overheidsorganen: een wettelijke plicht tot normstelling voor private actoren bestaat zelden. Voor zover er al een wettelijke regeling over private normstelling bestaat, betreft het doorgaans een discretionaire bevoegdheid voor organisaties om normen te

35 Deze redenering gaat niet op in consumentenverhoudingen en daar waar het exonerationbeding schade veroorzaakt door opzet of grove schuld, of letselschade betreft. Zie R.H.C. Jongeneel, ‘Aansprakelijkheidsbeperking’, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 395-425.

36 Cfm. HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975, 149 (Struikelende broodbezorger). Een soortgelijke regel geldt naar Amerikaans en Engels recht. Zie voor Amerikaans recht D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *Hornbook on Torts*, Minnesota: West Academic Publishing 2016, p. 615 en E.M. Bublick, Restatement (Third) of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm) § 37, *Wake Forest Law Review* 2010 (44), p. 1335-1353. Zie voor Engels recht J. Steel, *Tort Law: Text, Cases, and Materials*, 4th ed., Oxford: OUP 2016, p. 169-172 en inmiddels het standaardarrest Mitchell v. Glasgow City Council [2009] UKHL 11, para. 81-83 (Lord Brown).

37 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten. Preadvies voor de NVvR*, Deventer: Kluwer 1995, p. 94-101; Giesen 2005, p. 63-66 en T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Nalaten als onrechtmatige daad’, *NJB* 2007, afl. 40, p. 2543-2544.

38 Giesen 2005, p. 49 en Tjong Tjin Tai 2007, p. 2541.

ontwikkelen. In het geval van de Nieuwe Aanpak bijvoorbeeld, nodigt de Europese Commissie de erkende Europese normalisatieorganisaties uit tot normalisatie, maar er is geen juridische verplichting tot handelen zoals Lidstaten die wel kennen ter implementatie van secundair Unierecht.³⁹

Een verplichting tot handelen kan ook voortvloeien uit het ongeschreven recht. Het *Struikelende broodbezorger*-arrest leert dat een dergelijke verplichting kan bestaan indien 'de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen' of indien de aangesprokene een speciale relatie heeft met het slachtoffer of de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet.⁴⁰ Een normsteller is geen directe waarnemer in situaties van gevaar zoals in dit arrest, maar staat buiten deze situaties, op verre afstand. Ook ontbreekt doorgaans een speciale relatie tot de plaats van het gevaar wanneer de toepasselijke jurisprudentie wordt gezien.⁴¹ Een speciale relatie met een slachtoffer veronderstelt dat de normsteller zicht heeft op wie risico loopt bij het gebruik van de gevaarlijke producten. Van een contractuele of feitelijke relatie tussen de normsteller en een benadeelde is doorgaans geen sprake. Bovendien kennen normstellers in tegenstelling tot veel toezichthouders niet een taakstelling die specifiek gericht is op het voorkomen van gevaar of schade voor de benadeelde.⁴² Voor zover zij het waarborgen of bevorderen van de veiligheid van de benadeelde ten doel hebben gesteld, zal die doelstelling een rol spelen in de beoordeling van de in acht genomen zorgvuldigheid bij het opstellen van normen (een doen), of bij het nalaten reeds opgestelde normen te herzien in het licht van nieuwe inzichten en gevaren (een 'nalaten in het doen').⁴³ Voor aansprakelijkheid van private normstellers wegens zuiver nalaten lijkt zonder een reeds bestaande publiekrechtelijke plicht tot normstelling in beginsel dan ook geen plaats.⁴⁴

4.3. *Beheersing van aansprakelijkheidsrisico's*

Een derde punt betreft dat van het managen en beheren van aansprakelijkheidsrisico's. Hoewel er – naar mijn beste weten – geen Nederlandse jurisprudentie over aansprakelijkheid van private normstellers op het terrein van productveiligheid bestaat, houden normstellers (en hun juristen) wel degelijk rekening met het bestaan van dergelijke aansprakelijkheid. Zo hebben meerdere normalisatieorganisaties in Europa aansprakelijkheidsverzekeringen afgesloten.⁴⁵ NEN probeert verder in haar algemene voorwaarden eventuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door haar normen af te wenden

39 Zie HvJ EG, 19 november 1991, gevoegde zaken C-6-90 en C-9-90, ECLI:EU:C:1991:428 (Franco-vich).

40 HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975, 149 (Struikelende broodbezorger).

41 Zie in het bijzonder HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 (Veenbroei), HR 28 mei 2004, *RvdW* 2004, 76 (Jetblast).

42 Vgl. Giesen 2005, p. 66 en 74.

43 Zie voor die categorisering en rechtsvergelijkende inzichten ook Giesen 2005, p. 61 en Tjong Tjin Tai 2007, p. 2541-2542. Voor de invulling van de zorgplicht, zie paragraaf 5.

44 Vgl. ook het uitgangspunt dat geldt voor overheidsaansprakelijkheid wegens niet-wetgeven: de schending van een publiekrechtelijke plicht tot regelstelling levert onrechtmatigheid op. Andersom leidt de afweging om geen regel te stellen in afwezigheid van een dergelijke plicht niet tot onrechtmatigheid. Zie R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 44-45.

45 H. Schepel & J. Falke, *Legal Aspects of Standardisation in the Member States of the EC and EFTA, Volume 1: Comparative report*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2000, p. 238.

via verstrekkende exoneratie- en vrijwaringsbedingen.⁴⁶ Deze bedingen zijn uiteraard slechts van toepassing in de contractuele relatie die NEN onderhoudt met de benadeelde (een bedrijf of brancheorganisatie), bijvoorbeeld omdat de benadeelde NEN de opdracht gaf een veiligheidsnorm te ontwikkelen voor een product. De clausules werken in beginsel niet door jegens derden (zowel consument als niet-consument) die schade hebben geleden door koop of gebruik van het betrokken product, zeker niet als het letselschade betreft.⁴⁷ De vrijwaringsbedingen zorgen er wel voor dat eventuele aansprakelijkheid jegens derden alsnog kan worden doorgeschoven naar de opdrachtgever.⁴⁸ Ook in de verhouding met leden wijst NEN iedere schade ontstaan door toepassing van door haar gestelde normen af.⁴⁹ De bezorgdheid over aansprakelijkheid bestaat dus nog steeds en zij verdient dan ook verdere aandacht.

5. Een zorgplicht voor private normstelling?

Rust er een zorgplicht op een private normsteller jegens benadeelde derden en, zo ja, wat omvat die zorgplicht dan? Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht geeft op deze vraag voorsnog geen eenduidig antwoord. Deze vaststelling rechtvaardigt een onderzoek naar de Amerikaanse literatuur en jurisprudentie, waarin eerder discussies zijn gevoerd over de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor private normstelling en de wenselijkheid daarvan.⁵⁰ Bezien wordt in hoeverre de inzichten die deze discussies hebben voorgebracht, kunnen worden gehanteerd ter beantwoording van de onderhavige onderzoeksvraag, namelijk welke zorgplicht een private normsteller binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht heeft jegens derden in het ontwikkelen van zijn normen.

5.1. *Negligence*

Een *negligence action* jegens een private normsteller slaagt in de Verenigde Staten als de benadeelde aantoont dat hij schade heeft geleden die voldoende direct veroorzaakt is door de schending van de *duty of care* die de normsteller jegens hem had. Het bestaan van die zorgplicht is in het algemeen afhankelijk van diverse beleidsoverwegingen, waaronder:

46 <https://www.nen.nl/Home/Algemene-voorwaarden-2.htm> (Versie 6, 15 april 2019). NEN sluit aansprakelijkheid voor gevolgschade, afgeleide schade en immateriële schade geheel uit (Art. 12.4), terwijl de omvang van de schadevergoedingsplicht is beperkt tot de prijs van de dienstverlening of product, althans nooit meer dan het bedrag dat door de (beroeps)aansprakelijkheidsverzekering(en) van NEN in het geval wordt uitgekeerd (Art. 12.2). Bovendien geldt een verkorte verjaringstermijn van drie maanden (Art. 12.7). Ten slotte vrijwaart de opdrachtgever NEN tegen alle aanspraken van derden, welke direct of indirect, middellijk of onmiddellijk met de uitvoering van de opdracht samenhangen (Art. 12.6 juncto Art. 5.3).

47 Zie voetnoot 35 supra.

48 Zie voornoemde Artt. 12.6 en 5.3 NEN Algemene voorwaarden.

49 <https://www.nen.nl/Over-NEN.htm> (Statuten en Huishoudelijk reglement, april 2019), Artikel 10.2.2.

50 Zie voor een eerste fundamentele bespreking van deze vraag Editorial Note, 'Developments in the Law: Judicial Control of Actions of Private Associations', *Harvard Law Review* (1963) 76, p. 983.

- De voorzienbaarheid van schade voor de benadeelde als gevolg van het litigieuze handelen van de aangesprokene;
- De nabijheid van dat handelen en de schade van de benadeelde;
- De morele verwijtbaarheid van dat handelen;
- Het mogelijke preventieve effect van het aannemen van aansprakelijkheid voor toekomstige gevallen;
- De beschikbaarheid en kosten van verzekering van het aansprakelijkheidsrisico;
- De last die aansprakelijkheid met zich brengt voor de aangesprokene en de gemeenschap;
- En de potentiële last die aansprakelijkheid voor de rechtspraak betekent in de afhandeling van vele vergelijkbare zaken (het 'floodgates' argument).⁵¹

Punten als deze (en hun onderlinge weging) vormen tegelijkertijd de argumenten voor rechters om te bepalen of het gerechtvaardigd is de normsteller een zorgplicht jegens de benadeelde op te leggen en hem bijgevolg bloot te stellen aan potentiële aansprakelijkheid. Potentieel, omdat voor de vestiging van aansprakelijkheid ook nog de schending van die zorgplicht en het causaal verband tussen die schending en de gevorderde schade dient te worden vastgesteld, doorgaans door een jury.⁵²

In het merendeel van de *negligence actions* tegen private normstellers werd het opleggen van een zorgplicht jegens de benadeelde door Amerikaanse rechters niet gerechtvaardigd geacht.⁵³ Een zorgplicht wordt in het normale geval aangenomen indien de aangesprokene een direct of voorzienbaar risico op letsel- of zaakschade voor een ander creëert.⁵⁴ Als gezegd roept het ontwikkelen van een private norm zo'n risico niet in het leven: de private normsteller staat als secundaire dader op afstand.⁵⁵ De overwegingen over de voorzienbaarheid van schade en de nabijheid van het litigieuze handelen en schade, waaraan doorgaans veel gewicht toekomt, pleiten in dat geval tegen het aannemen van een zorgplicht.

De mate waarin de private normsteller controle heeft over het handelen van een fabrikant of verkoper, d.w.z. de primaire dader, kan echter betekenen dat een zorgplicht jegens de benadeelde toch gerechtvaardigd is. De gedachte daarbij is tweeledig. Ten eerste kan worden gesteld dat de normsteller door inadequate normen te ontwikkelen die stevast worden opgevolgd in de branche, derden blootstelt aan een verhoogd risico op schade. Een tweede idee is dat de aangesprokene in de bijzondere positie verkeert het risicovolle handelen van de primaire dader te sturen en dat onbehoorlijk heeft gedaan door inadequate normen te ontwikkelen.⁵⁶ Zo bezien is in beide situaties schade van de benadeelde voorzienbaar en bewerkstelligt de genoemde controle de voldoende nauwe connectie tussen die schade en de normstelling.

51 Dobbs, Hayden & Bublick, *Hornbook on Torts*, p. 208-209 (met verwijzing naar jurisprudentie en literatuur).

52 *Ibid.*, 204 en Bublick, *Restatement (Third) of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm)*, § 7, cmt. i.

53 Zie voor een overzicht Verbruggen 2019 (n 17), p. 64-75.

54 Dobbs, Hayden & Bublick, *Hornbook on Torts*, p. 204 (met verdere verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur). Zie ook Bublick, *Restatement (Third) of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm)*, § 7 (2010).

55 Zie paragraaf 4.1.

56 Dobbs, Hayden & Bublick, *Hornbook on Torts*, p. 634-637 en 656-661.

De hamvraag wordt daarmee of en in hoeverre de private normsteller ‘controle’ heeft over de naleving en implementatie van zijn normen in het veld. Blijkens diverse uitspraken ontbreekt die controle in beginsel als de normen vrijwillig zijn, in niet-verplichtende bewoordingen zijn gesteld of slechts als minimum standaard moeten worden gezien.⁵⁷ In die gevallen is de informatie die de norm behelst niet gericht en sturend genoeg. Ook als enig toezicht op de naleving van de normen afwezig is, bijvoorbeeld via certificatie of accreditatie, volgt het oordeel dat van controle geen sprake is en dat een *duty* derhalve niet gerechtvaardigd kan zijn.⁵⁸

Een reeks van zaken waarin wel is geoordeeld dat de private normsteller leidend was in het veld betreft vorderingen ingesteld tegen de *American Association of Blood Banks* (AABB). Ten tijde van de ontdekking van aids in de jaren 80 domineerde deze vereniging met haar normen de wijze waarop bloeddonatie en –transfusie in de Verenigde Staten moest plaatsvinden. In hun acties stelden patiënten die na een transfusie besmet raakten (of hun nabestaanden) dat de AABB onrechtmatig had nagelaten haar normen tijdig aan te passen toen duidelijk werd dat aids via bloeddonatie en -transfusie verspreid kon worden. De AABB schreef in feite de regels voor waar de branche zich aan conformeerde. Haar dominantie werd onderschreven door haar toezicht op de bloedbanken, de steun die haar normen en reguleringsactiviteiten kregen van de overheidsinstanties en haar eigen presentatie als leider van de branche. Naast het punt van controle sloegen rechters in New Jersey, New York, Louisiana en Virginia ook acht op het feit dat de normen ook ten behoeve van de veiligheid en gezondheid van patiënten werden ontwikkeld.⁵⁹

In California is deze lijn niet gevolgd. De appelrechter oordeelde in een zaak van een minderjarig meisje dat na een hartoperatie door een bloeddonatie Hiv-positief raakte, dat de dominante positie van de AABB belangrijk was voor de vestiging van aansprakelijkheid. Niettemin was naar oordeel van de rechter de stand van zaken in de wetenschap over de oorzaak en verspreiding van aids op het moment van besmetting

57 Bijv. *Bailey v. Hines*, 719 NE.2d 178 (Ill.App.1999), waarin geoordeeld werd dat een branchevereniging die een norm voor dakconstructies had ontwikkeld geen zorgplicht jegens een aantal timmerlieden had, die na het begeven van een constructie die overeenkomstig de norm geproduceerd was, zwaargewond raakten. De appelrechter in Illinois overwoog daartoe dat de norm slechts een richtlijn betrof, dat het fabrikanten vrij stond die norm in de productie te volgen en dat de vereniging die fabrikanten niet kon verplichten tot het volgen van die norm. Zie ook *Beasock v. Dioguardi Enterprises Inc.*, 494 NYS.2d 974 (N.Y. Misc. 1985) (inzake normen voor uitwisselbaarheid van banden en velgen) en *Meyers v. Donnatacci*, 531 A.2d 398 (N.J.Super. 1987) (inzake veiligheidsnormen voor de bouw en vormgeving van zwembaden).

58 Zie bijv. *Commerce and Industry Ins. Co. v. Grinnell Corp.*, 1999 WL 508357 (E.D.La. 1999), waarin werd geoordeeld dat een branchevereniging die veiligheidsnormen voor brandveiligheid ontwikkelde, geen zorgplicht had jegens de eigenaren van een gebouw dat, hoewel gebouwd conform die normen, toch in vlammen was opgegaan, omdat zij geen controle had over de naleving van deze normen tijdens de bouw. De federale rechter overwoog daartoe dat de vereniging “does not list, inspect, certify or approve any products or materials for compliance with its standards. It merely sets forth safety standards to be used as minimum guidelines that third parties may or may not choose to adopt, modify or reject.” (p. 4). Zie ook *Howard v. Poseidon Pools* 133 Misc.2d 50 (N.Y.Misc. 1986) (inzake veiligheidsnormen voor de bouw en vormgeving van zwembaden) en *Sizemore v. Georgia-Pacific Corp.*, 1996 WL 498410 (D.S.C. 1996) (inzake normen voor de brandwerendheid van multiplex platen).

59 *Snyder v. American Ass’n of Blood Banks*, 676 A.2d 1036 (N.J. 1996), *Weigand v. University Hospital of New York*, 659 NYS.2d 395 (N.Y. Misc. 1997), *Douglass v. Alton Ochsner Medical Foundation* 696 So.2d 136 (La.App. 5th Cir. 1997) en *Jappell v. American Ass’n of Blood Banks*, 162 F.Supp.2d 476 (E.D.Va. 2001).

dusdanig onduidelijk, dat de schade van de benadeelde onvoorzienbaar was. Bovendien zou de normsteller ten aanzien van beslispunten waarover in de wetenschap discussie bestaat een ruime beleids- en beoordelingsruimte moeten toekomen. Ook andere overwegingen zoals de last die aansprakelijkheid voor de AABB als organisatie zou betekenen en haar negatieve invloed op de bereidheid om in de toekomst normen voor de branche te ontwikkelen, hetgeen in beginsel een wenselijk fenomeen is, weerhielden de rechter van het opleggen van een zorgplicht.⁶⁰

5.2. *Voluntary undertakings*

Een alternatieve wijze om een zorgplicht in *negligence* aan te nemen is via het leerstuk van de *voluntary undertaking rule*. Deze regel is ontwikkeld tegen de achtergrond van de beperkte mogelijkheid om aansprakelijkheid aan te nemen wegens (zuiver) nalaten. Slechts in een beperkt aantal gevallen bestaat aansprakelijkheid wegens het niet voorkomen van schade ontstaan door een gevaar of risico veroorzaakt door een ander.⁶¹ De *voluntary undertaking rule* is een van die gevallen. De regel houdt kort gezegd in dat de aangesprokene een zorgplicht heeft jegens de benadeelde indien hij vrijwillig een activiteit onderneemt gericht op het voorkomen of verminderen van een risico ingeroepen door een ander. Toegepast op private normstelling rust er een zorgplicht op de normsteller indien hij met de ontwikkeling van productnormen beoogt reeds bestaande veiligheids- of gezondheidsrisico's gecreëerd door anderen (hier: fabrikanten of verkopers die gebrekkige producten in de markt zetten) te voorkomen of te verminderen.⁶²

Ook in dit kader hebben rechters overwogen dat de mate van controle die de normsteller *de facto* of *de jure* heeft over de naleving van zijn normen in het veld heeft, van groot belang is bij de beoordeling van de vraag of hij een zorgplicht heeft.⁶³ Het ontbreken van een dergelijke controlemogelijkheid leidt ook hier in de regel tot het afwijzen van zorgplicht. In een enkel geval sloegen rechters echter geen acht op de invloed die een normsteller in het veld had. In het aannemen van een zorgplicht stelden zij het beschermingsdoel van de private normen voorop. Zo overwoog de hoogste rechter in Alabama dat een branchevereniging die normen ontwikkelde voor de bouw en vormgeving van particuliere zwembaden, een zorgplicht had jegens zwemmers die als gevolg van het duiken in een normconform zwembad ernstig en blijvend lichamelijk letsel hadden opgelopen, of zelfs waren overleden.⁶⁴ Centraal in zijn overweging was dat de litigieuze normen beoogden de veiligheid van consumenten te waarborgen.⁶⁵ Eenzelfde overweging kwam naar voren in een actie ingesteld door de ouders van een meisje dat bekneld raakte in het koord van een zonwering en vervolgens stikte. De

60 N.N.V. v. American Ass'n of Blood Banks, 75 Cal.App.4th 1358 (1999).

61 Zie voetnoot 36.

62 Een versie van deze regel staat in Bublick, *Restatement (Third) of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm)* § 43(b) (2010), die in een groot aantal staten wordt toegepast.

63 Cfm. Commerce and Industry Ins. Co. (voetnoot 58), p. 4 ("Under the Restatement analysis advanced by plaintiffs, most courts have focused on the amount, if any, of control a trade association wields over the behavior of its members concerning, for example, the proper implementation of its standards.")

64 King v. National Spa and Pool Institute, Inc., 570 So.2d 612 (Ala. 1990), 615-616.

65 Als bekrachtigd in Meneely v. S.R. Smith, Inc., 5 P.3d 49 (Wash.Ct.App. 2000). Contra: Lockman v. S.R. Smith, LLC, 405 Fed.Appx. 471, (11th Cir. 2010) (per curiam) WL 5158571.

aangesproken branchevereniging had het op zich genomen om namens haar leden veiligheidsnormen te ontwikkelen gericht op het waarschuwen tegen verstikkingsgevaar. Mede gelet op dat doel achtte de rechter een zorgplicht hier op zijn plaats.⁶⁶

Opgemerkt moet worden dat de toepassing van de *voluntary undertaking rule* haar grenzen kent in dezelfde algemene beleidsoverwegingen die ten grondslag liggen aan het bestaan van een zorgplicht in een gewone *negligence action*.⁶⁷ Zelfs als de dominantie van de aangesproken normsteller in het veld en de beschermingsdoeleinden van de litigieuze normen wijzen in de richting van het aannemen van een zorgplicht, dan nog kunnen deze overwegingen aan het opleggen daarvan in de weg staan.⁶⁸

5.3. Wanneer past een zorgplicht?

Uit deze Amerikaanse jurisprudentie rijst het beeld dat rechters terughoudend zijn in het aannemen van een zorgplicht van een private normsteller jegens gebruikers van producten ontwikkeld op basis van vermeend gebrekkige private normen. In het algemeen pleit het op afstand opereren van de normsteller en de onvoorzienbaarheid van schade als gevolg van zijn handelen tegen een zorgplicht. Daar komt bij dat een normsteller een bepaalde beleids- en beoordelingsruimte moet toekomen. Het stellen van normen impliceert noodgedwongen dat er keuzes moeten worden gemaakt tussen conflicterende belangen van de beheerders, gebruikers en begunstigden van de normen.⁶⁹ Zo zullen belangen op het vlak van gezondheid en veiligheid moeten worden afgewogen tegen overwegingen betreffende product(ie)kosten, gebruiksgemak en/of productkeuze. Niet voor niets stellen bestuurskundigen dat normstelling een inherent politiek proces is.⁷⁰ Het opleggen van een zorgplicht legt druk op de beleids- en beoordelingsruimte en maakt die wellicht kleiner dan nodig is. Het politieke karakter van normstelling pleit daarom tegen het al te lichtvaardig aannemen van een zorgplicht. De last die aansprakelijkheid voor de private normsteller zou betekenen en haar negatieve invloed op de bereidheid van zo'n organisatie om in de toekomst private normen te (blijven) ontwikkelen, zijn verdere argumenten om terughoudend te zijn.⁷¹

De gevallen waarin een zorgplicht is aangenomen, zijn beperkt tot gevallen waarbij een foutieve norm tot de dood of ernstig lichamelijk letsel leidde.⁷² De soort en ernst

66 Rountree v. Ching Feng Blinds Industry Co. Ltd., 560 F.Supp.2d 804 (D.Alaska 2008).

67 Dobbs, Hayden & Bublick, *Hornbook on Torts*, p. 630 en Bublick, *Restatement (Third) of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm)*, § 43, cmt. b.

68 Zie voor een toepassing bijv. Rountree (voetnoot 66), p. 810-811 (waarin de rechter overweegt dat de overige beleidsoverwegingen niet in de weg staan aan het opleggen van een zorgplicht inzake het adequaat ontwikkelen van veiligheidsnormen gericht op het waarschuwen tegen verstikkingsgevaar bij zonweringen).

69 Zie ook R.H. Heidt, 'Damned for their Judgment: The Tort Liability of Standards Development Organizations', *Wake Forest Law Review* 2010 (45), p. 1227-1232.

70 Büthe & Mattli, *The New Global Rulers. The Privatization of Regulation in the World Economy*, p. 12.

71 Die gedachte is niet denkbeeldig. Na de Meneely-uitspraak (voetnoot 65), zag de betrokken normsteller zich geconfronteerd met claims die samen meer dan \$50 miljoen bedroegen. Als gevolg daarvan was hij gedwongen faillissement aan te vragen. De normstellende activiteiten werden uiteindelijk vervolgd door een nieuw opgetuigde branchevereniging. Zie Heidt 2010 (voetnoot 69), p. 1231.

72 De enige uitzondering betreft Prudential Property and Cas. Ins. Co. v. American Plywood Ass'n 1994 WL 463527 (S.D.Fla. 1994), waarin een zorgplicht jegens een benadeelde die zaaksschade had geleden werd verondersteld.

van de schade speelt dus een grote rol. Ook moet de private normsteller met zijn normen beogen de gezondheids- of veiligheidsbelangen van kwetsbare derden als consumenten, patiënten en kinderen te beschermen, niet slechts de commerciële of economische belangen van de sector. Indien de normsteller vervolgens in grote mate kan bepalen of en in hoeverre fabrikanten of verkopers in het veld zijn normen naleven en aldus een bepaald veiligheidsniveau bezigen met betrekking tot de door hen verhandelde producten, past een zorgplicht. Die controle kan formeel, juridisch van aard zijn, bijvoorbeeld door het kunnen afdwingen van naleving in lidmaatschapsverhoudingen. Ook informeel kan dominantie bestaan, bijvoorbeeld omdat de markt of overheidsinstanties in feite geen andere norm dan die van de aangesproken normsteller accepteren. Als we de Amerikaanse jurisprudentie en literatuur op dit onderwerp overzien, is slechts in deze beperkte set van gevallen een zorgplicht wenselijk.

6. Invulling van de zorgplicht

De inzichten uit bovenstaande analyse bieden een perspectief om de zorgplicht die een private normsteller naar Nederlands recht jegens benadeelden zou kunnen hebben, nader aan te duiden. Anders dan in het Amerikaanse *common law* stelsel, wordt in Nederland een zorgplicht van de aangesprokene jegens de benadeelde verondersteld onder de algemene onrechtmatigheidsgrond van ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’. Terwijl het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht steeds een specifieke *duty of care* van de aangesprokene jegens de benadeelde verlangt, draait het in ons stelsel om de concrete invulling van de immer aanwezige algemene maatschappelijke zorgplicht.

De *Kelderluik*-factoren bieden voor die concrete invulling het startpunt.⁷³ Deze afwegingsfactoren kunnen in het geval van private normstelling echter nader worden gekwalificeerd door factoren die van belang zijn geacht bij de vestiging van buitencontractuele aansprakelijkheid wegens onjuiste informatieverstrekking.⁷⁴ Het ontwikkelen en afkondigen van private productnormen betreft in essentie niet meer dan het verstrekken van informatie over de vormgeving en prestaties van producten. Het stellen van een inadequate norm betekent dan zoveel als het verstrekken van onjuiste informatie. Jansen formuleerde op basis van een analyse van literatuur en rechtspraak het uitgangspunt dat aansprakelijkheid voor onjuiste informatieverstrekking (slechts) kan bestaan indien de benadeelde, die door de verstrekte informatie op het verkeerde been is gezet, onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht vertrouwen op de

73 HR 5 november 1965, NJ 1966/136 (Kelderluik). Vgl. Van Boom/Giesen 2001, p. 1678-1679 en Maes 2016, p. 6, die allen stellen dat de Kelderluik-factoren ook als uitgangspunt ter invulling van de zorgplicht van secundaire daders moeten gelden. De factoren krijgen echter een andere concrete toepassing dan bij primaire daders. Maes stelt terecht dat dit verschil vanuit juridisch-dogmatisch oogpunt niet tot een principieel restrictievere beoordeling van de zorgplicht en dus een beperktere aansprakelijkheid van de secundaire dader zou moeten leiden. Maes 2016, p. 12-15.

74 Zie voor een overzicht van literatuur en rechtspraak: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 204 en J.M. Barendrecht e.a., *Overheidsaansprakelijkheid voor informatieverstrekking. Nederlands recht, rechtsvergelijking en de aansprakelijkheid van particuliere informatieverstrekkers*, Den Haag: Bju 2002.

juistheid van die informatie.⁷⁵ Voor het bestaan van dergelijk gerechtvaardigd vertrouwen is de deskundigheid van de betrokken partijen van belang, alsmede de aard van de verstrekte informatie. Aan algemene informatie die gericht is tot een breed publiek kan minder vertrouwen worden ontleend dan aan specifieke informatie gericht tot een individu of bepaalde groep. Op geclausuleerde instructies mag bovendien niet zonder meer worden afgegaan. Ook de aard van de betrokken belangen moet een rol spelen: aansprakelijkheid is minder snel gerechtvaardigd bij puur commerciële belangen dan bij een publiek belang als veiligheid.⁷⁶ Als beperkende voorwaarde stelde Jansen dat de verstrekker wist of behoorde te weten dat de door hem verschaft informatie relevant was voor de benadeelde. Indien onvoldoende kenbaar is wie de informatie gebruikt en voor welk doel, is de reikwijdte van de zorgplicht rustend op de verstrekker onwenselijk groot.⁷⁷

Met deze aanvullende factoren wordt het voor de invulling van de concrete zorgplicht voor een private normsteller relevant wat de formulering van de productnorm in kwestie is en hoe en aan wie die wordt gecommuniceerd. Een norm die overwegend adviserend, niet-verplichtend van aard is en gericht op een gehele sector, zal minder snel aanleiding geven tot aansprakelijkheid dan wanneer hij sturend en dwingend is voor een select aantal producenten. Ook is relevant welk doel de norm dient, omdat het doel aangeeft welke belangen de norm zal dienen en wie er redelijkerwijs mag vertrouwen op de correctheid van die norm (alleen de gereuleerden, of ook derden die vertrouwen op de veiligheid van de met de norm overeenstemmende producten). De voorgaande analyse van de jurisprudentie in de Verenigde Staten gaf reeds aan dat ook Amerikaanse rechters deze elementen in hun beoordeling betrekken.

In het licht van het bovenstaande ben ik van mening dat bij de invulling van de zorgplicht voor private normstellers voornamelijk betekenis moet toekomen aan:

- De aard en ernst van het gevaar en de te verwachten schade in het licht van het doel van de normstelling en de daarbij betrokken belangen;
- De grootte van het risico op verwezenlijking van die schade, mede in het licht van de status van de normsteller en zijn normen in het veld, de aard van de normen en de beschikbare kennis over de risico's die de normen voor benadeelden creëerden;
- De kosten van voorzorgsmaatregelen voor de normsteller; en
- De beleidsvrijheid die de normsteller toekomt in het ontwikkelen van de norm.⁷⁸

Deze afwegingsfactoren licht ik toe aan de hand van de rekenregels van NEN-EN-1992-1-1 ter bepaling van de sterkte van de betonverbindingen zoals die van toepassing waren voor de bouw van de ingestorte parkeergarage bij Eindhoven Airport. De relevante en ter discussie staande rekenregels zagen op de bepaling van de lengte van de zogenaamde metalen 'koppelstaven' tussen de breedplaatvloerdelen van de parkeergarage, alsmede de 'afschuifspanning' in het koppelvlak tussen die vloerdelen.⁷⁹ Het is

75 K.J.O. Jansen, 'Aansprakelijkheid voor onjuiste informatieverstrekking', *NTBR* 2013/7, afl. 2, p. 55-69.

76 *Ibid.*, p. 66-67.

77 *Ibid.*, p. 67.

78 Vgl. Verbruggen 2019 (voetnoot 17), pp. 87-88.

79 Specifiek ging het om paragraaf 6.2.5, 8.4.2 (2), 8.4.3 (2) en 8.7.3 (1) van NEN-EN-1992-1-1.

uitdrukkelijk niet de bedoeling om de zorgplicht van NEN in deze casus te definiëren.⁸⁰ De inzet is te laten zien dat hetgeen waartoe een private normsteller gehouden is, niet eenduidig vast te stellen is en afhankelijk is van een weging van verschillende factoren.

De aard en ernst van het gevaar en de te verwachten schade worden in het geval van private normstelling gekleurd door het doel en de strekking van de normstelling. NEN-EN-1992-1-1 schrijft beginselen en toepassingsregels voor over de veiligheid, bruikbaarheid en duurzaamheid van betonconstructies en gebouwen.⁸¹ Zouden deze normen inadequaat blijken, ontstaat het risico dat architecten en aannemers onveilige ontwerpen en gebouwen maken, wat vervolgens tot onder meer zaakschade en zuivere vermogensschade leidt. Bij (gedeeltelijke) instorting van de constructie volgt mogelijk ook ernstig letsel of de dood. De belangen gediend door een norm als NEN-EN-1992-1-1 betreffen dus ook publieke veiligheidsbelangen. Dit pleit voor een ruimere zorgplicht.

De grootte van het risico op verwezenlijking van deze schadeposten en dus de voorzienbaarheid van schade, is bij private normstelling onder meer afhankelijk van de status van de normsteller en zijn normen in het veld. NEN en zijn normen genieten een hoge status in de bouwsector, al was het maar omdat veel van zijn normen – waaronder NEN-EN-1992-1-1 – verplicht zijn gesteld bij wet. Daardoor kan een fout in de norm direct consequenties hebben in de sector en leiden tot de schade zoals zojuist omschreven. Dit risico wordt echter gekwalificeerd door de aard van de norm en de mate waarin de norm aldus gerechtvaardigd vertrouwen oproept onder zijn gebruikers. Hoewel de norm juridisch verplicht kan zijn, kan de inhoud daarvan bestaan uit open normen. De norm is dan minder specifiek en sturend, maar voor invulling afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. De rekenregels van NEN-EN-1992-1-1 zijn van die aard en behelzen bijvoorbeeld veel variabelen.⁸² De regels zijn bovendien toepasbaar op een grote variatie van betonproducten en producenten en zijn niet specifiek geschreven voor plaatvloeren als gebruikt voor de bouw van de ingestorte parkeergarage. Met andere woorden, ze zijn breed geformuleerd en kennen een groot bereik.⁸³ Tenzij de rekenregel in de kern fout is (bijvoorbeeld door een verkeerde standaardfactor voor te schrijven),⁸⁴ ligt de verantwoordelijkheid voor de beheersing van de risico's in die omstandigheden voornamelijk bij de sector. In dit geval past een beperkte zorgplicht voor de normsteller.

De voorzienbaarheid van schade omvat ook de vraag of de normsteller wist of had moeten weten van de risico's die zijn normen voor benadeelden creëerden. Voor de

80 Daartoe ontbreekt de nodige informatie. Een ander belangrijk punt is dat deze norm weliswaar door NEN wordt beheerd, maar niet is ontwikkeld. De Europese normalisatie-organisatie CEN is de ontwikkelaar en NEN heeft de geharmoniseerde norm in Nederland geïmplementeerd door een Nederlandse taalversie op te stellen.

81 Voorwoord en paragraaf 1.1.1 (Ontwerp en toepassingsgebied Eurocode 2) NEN-EN-1992-1-1.

82 De rekenregel om de afschuifspanning in het koppelvlak tussen breedplaatvloerdelen te bepalen is bijvoorbeeld $vR_{di} = c \cdot f_{ctd} + \mu \cdot \sigma_n + \rho \cdot f_{yd} \cdot (\mu \cdot \sin \alpha + \cos \alpha) < 0,5 \cdot v \cdot f_{cd}$ (paragraaf 6.2.5 van NEN-EN-1992-1-1). Zie voor een bespreking van deze regel en onderliggende variabelen. S. van Hellenberg Hubar, P. Korthagen & M. Verbaten, 'Handvatten voor een constructief veilig ontwerp breedplaatvloeren bij nieuwbouw: Detailengineering Plaatnaden breedplaatvloeren', *VNconstructeurs* 2019/1, p. 83-88.

83 Zie de uitspraken onder voetnoot 57.

84 Zoals in MT Højgaard A/S v E.ON Climate & Renewables UK Robin Rigg East Limited and another [2017] UKSC 59.

beantwoording van die vraag is van belang de stand van de techniek en wetenschap rondom deze risico's, en wat daarvan bij de normsteller bekend is of zou moeten zijn.⁸⁵ Ook moet een rol spelen of de normsteller toezicht houdt op de naleving van zijn normen in het veld en derhalve zicht heeft op welke risico's deze normen in de praktijk creëerden. Immers, als de normsteller toezicht houdt, kan hij geacht worden te weten hoe de normen worden toegepast en tot welke resultaten of risico's dat in de praktijk leidt. Indien die risico's voldoende concreet zijn, behoeven de normen aanpassing.⁸⁶ Ten aanzien van NEN-EN-1992-1-1 houdt NEN bijvoorbeeld geen toezicht, waardoor een verregaande zorgplicht niet wenselijk is.

Het punt van voorzorgsmaatregelen betreft de vraag wat, in het licht van het aldus bestaande risico op schade, van de normsteller gevegd kon worden om dat risico te beperken of weg te nemen. Te denken valt aan de kosten van het uitvaardigen van waarschuwingen en het zorgdragen voor de effectiviteit van die waarschuwingen. Waar normen een breed bereik hebben, brengt het effectief waarschuwen en instrueren van gebruikers van de norm meer kosten met zich. Ook het intrekken of herzien van bestaande normen of het ontwikkelen van nieuwe normen is relevant.⁸⁷ De periodieke herziening van normen, zoals dat ook gebeurt bij NEN-EN-1992-1-1, maakt het mogelijk om nieuwe inzichten over de bestaande risico's en de toepassing van de normen te verwerken.⁸⁸

Tot slot, bij de beoordeling van de factoren betreffende de voorzienbaarheid van schade en de te vergen voorzorgsmaatregelen past een terughoudende toetsing door de rechter, mede in het licht van de beleids- en beoordelingsvrijheid die normstelling noodzakelijkerwijs impliceert. Dat betekent concreet dat niet beoordeeld moet worden of, achteraf gezien, het handelen van de normsteller beter had gekund, maar of hij in de omstandigheden en met de kennis van toen, de betrokken belangen in aanmerking genomen, in redelijkheid tot zijn handelen heeft kunnen komen. De keuzevrijheid van een normsteller moet evenwel afnemen naarmate het risico op schade en de voorzienbaarheid daarvan groter is.

Samenvattend moet gesteld worden dat het hier besproken toetsingskader nauw aansluit op uitgangspunten zoals die thans gelden voor het leerstuk van toezichthoudersaansprakelijkheid.⁸⁹ De grondnorm van zorgvuldigheid in dat kader luidt 'de eisen

85 In Snyder (voetnoot 59) stelt de Supreme Court of New Jersey ten aanzien van de voorzienbaarheid van schade: "By 1983, ample evidence supported the conclusion that blood transmitted the AIDS virus. In early 1984, the AABB knew that AIDS was a rapidly spreading, fatal disease and that apparently healthy donors could infect others. The AABB also knew that blood and blood products probably could transmit AIDS and that each infected blood donor could infect many donees. Thus, the AABB knew, or should have known, in 1984 that the risk of AIDS infection from blood transfusions was devastating" (p. 1049).

86 Zie de uitspraken onder voetnoot 58. Zie ook Meneely (voetnoot 65).

87 In Meneely (voetnoot 65) stelt Court of Appeals of Washington "NSPI has promulgated specific safety standards relating to diving boards. And, it failed to change the standard after it knew of the risk [of serious personal injury /PVJ]" (p. 58).

88 Het rapport van TNO geeft aan dat rekenregel uit NEN-EN-1992-1-1 ter bepaling van de afschuifspanning in het koppelvlak tussen breedplaatvloerdelen te bepalen op dit moment herzien wordt. TNO 2017 (voetnoot 11), p. 68.

89 Zie uitvoerig HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, NJ 2015/217 (Band/AFM), HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (X/Staat), en recentelijk Rechtbank Den Haag, 10 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6810, (LTO Nederland/NVWA).

die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld'.⁹⁰ Die zorgvuldigheidsnorm zou wat mij betreft ook de toetssteen voor de aansprakelijkheid voor private normstelling moeten vormen. Gelet op de wijze waarop deze grondnorm in de rechtspraak over toezichthouders is toegepast, zal aansprakelijkheid dan tot een strak omliggende categorie van gevallen beperkt blijven. Voor private normstelling betreft het vermoedelijk dan slechts gevallen waarin sprake is van zeer ernstige letselschade aan de zijde van benadeelden die binnen het gestelde beschermingsbereik van de litigieuze norm vallen, terwijl die schade voorzienbaar was rekening houdende met de sturende invloed ('controle') die de normsteller binnen de sector heeft en wat er op het moment van het intreden van de schade objectief bekend was over de risico's waaraan benadeelden door de norm bloot werden gesteld.

7. Conclusie

In deze bijdrage ben ik ingegaan op de mogelijke civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade geleden door derden als gevolg van inadequate private normen. Centraal stond de vraag welke zorgplicht een private normsteller jegens derden heeft. Op basis van Amerikaanse jurisprudentie en literatuur is inzicht verkregen in de omstandigheden waarin een dergelijke zorgplicht wenselijk is. Met name de aard en ernst van de schade, de controle van de private normsteller op de naleving van zijn normen in het veld, de aard van die normen, de belangen die hij met de normen beoogt te beschermen en de voorzienbaarheid van de schade in het licht van de bekendheid met bestaande risico's, blijken de belangrijkste factoren te zijn voor het aannemen van een zorgplicht. In de Nederlandse context kleuren diezelfde factoren de zorgplicht van de normsteller, die bij de ontwikkeling van normen tevens een ruime beleids- en beoordelingsruimte zal toekomen. Zo bezien, is het risico op aansprakelijkheid voor private normstelling op het terrein van productveiligheid beperkt.⁹¹

Een beperkt risico op aansprakelijkheid betekent ook dat het aansprakelijkheidsrecht slechts beperkt van invloed is op de wijze waarop risicoregulering via private normstelling plaatsvindt. Wellicht dat de perceptie van (het risico op) aansprakelijkheid leidt tot een verandering in de handelwijze van de private normsteller, maar de feitelijke dreiging van aansprakelijkheid doet dat – bij gebreke van concrete schadevorderingen en rechtspraak – logischerwijs niet.⁹² Ook kan de bestuurlijke en politieke complexiteit van private normstelling (veel verschillende actoren zijn betrokken, met ieder eigen verantwoordelijkheden, in procedures met lange looptijden) en de beperkte juridische bekendheid met aansprakelijkheid bij besluitvormers (chemici, ingenieurs, medici en

⁹⁰ HR: Band/AFM, r.o. 3.4.2.

⁹¹ In deze bijdrage is niet ingegaan op andere constitutieve vereisten voor aansprakelijkheid, zoals de elementen van toerekenbaarheid en causaliteit, die het bestaan en de omvang van aansprakelijkheid verder kunnen beperken. Niettemin speelt de invulling van de zorgplicht doorgaans ook een rol bij de invulling van deze overige vereisten.

⁹² Zie voor een vergelijkbare conclusie wat betreft de sturende invloed van productaansprakelijkheid op de ontwikkeling van private voedselveiligheidsnormen: Havinga 2010 (voetnoot 5).

andere niet-juridisch onderlegde experts die doorgaans de normen stellen) er voor zorgen dat de mogelijk sturende signalen van aansprakelijkheid verstomd raken.⁹³ Andere krachten die invloed hebben op de wijze waarop private normen voor productveiligheid worden ontwikkeld en onderhouden, zijn derhalve nodig.⁹⁴ Vooral nog is het sturende potentieel van het aansprakelijkheidsrecht in het hier onderzochte domein gering.

93 Zie voor dergelijke inzichten over het effect van aansprakelijkheid op de vorming van regels en beleid: F.A. van Tilburg, *Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid: Empirisch onderzoek naar de invloed van civielrechtelijke aansprakelijkheid op het beleid van de burgemeester en politie als handhavers van de openbare orde* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2012, p. 184-189.

94 Hierbij valt te denken aan het organiseren van tegenspraak in de ontwikkeling van normen om te voorkomen dat een bepaald commercieel belang te veel de overhand krijgt en ten koste gaat van publieke belangen zoals de veiligheid en gezondheid van derden. Vertegenwoordiging door verschillende gebruikersgroepen is dus belangrijk, ook om de legitimiteit van private normstelling te borgen. Zie ook Fuchs, Kalfagianni & Havinga 2011 (voetnoot 1).